

IUSLabor 3/2014

**TRABAJO A TIEMPO PARCIAL Y SEGURIDAD SOCIAL: UN PASO ATRÁS
EN EL CAMINO DE LA EQUIPARACIÓN DE CONDICIONES.
COMENTARIO DE LA STC 156/2014, DE 25 DE SEPTIEMBRE**

Dra. Carolina Gala Durán

Catedrática acreditada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Autónoma de Barcelona.

Resumen

El comentario analiza la reciente doctrina del Tribunal Constitucional en materia de integración de lagunas de cotización en el marco del trabajo a tiempo parcial. Nueva doctrina que supone un discutible paso atrás en el proceso de equiparación de condiciones entre los trabajadores a tiempo parcial y los trabajadores a tiempo completo.

The article analyzes the recent doctrine of the Spanish Constitutional Court concerning the integration of gaps in contribution rates in the context of part-time work. New doctrine that is a questionable step backwards in the process of equalization of labor conditions between part-time and full-time workers.

Title: Part-time work and Social Security: a step backwards in the process of equalization of labor conditions. Commentary on the decision of the Spanish Constitutional Court 156/2014, September 25th

Palabras clave: trabajo a tiempo parcial, bases de cotización, pensión de jubilación, no discriminación por razón de sexo.

Keywords: part-time work, contribution rates, pension, non-discrimination on grounds of sex.

Sumario

1. Antecedentes judiciales y legales: un paso adelante.
2. Un paso atrás en la equiparación entre los trabajadores a tiempo parcial y los trabajadores a tiempo completo en materia de Seguridad Social: la reciente STC 156/2014.
3. Conclusiones finales.

1. Antecedentes judiciales y legales: un paso adelante

Como seguro es conocido, el trabajo a tiempo parcial ha sido objeto de numerosas reformas parciales en los últimos años especialmente en su vertiente “*laboral*”, con el claro objetivo de fomentar su uso por parte de las empresas; flexibilizando, para ello, las condiciones de trabajo aplicables, particularmente en el marco de la ordenación del tiempo de trabajo y del puesto de trabajo a desarrollar por el trabajador relevista. El último ejemplo –de momento, nos tememos– de esta tendencia reformadora en materia laboral se encuentra en el Real Decreto-ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores, donde, entre otras cuestiones, se ampliaron las posibilidades de realizar horas complementarias por parte de los trabajadores a tiempo parcial y se les prohibió nuevamente la realización de horas extraordinarias.

Pero también es sabido desde hace tiempo que, si se pretende realmente que el trabajo a tiempo parcial sea el “*empleo del futuro*” (como parece deducirse de las últimas reformas), al menos para determinados colectivos –los jóvenes y las mujeres principalmente–, el obstáculo –muy importante– se halla en la vertiente de “*seguridad social*”, por cuanto es muy difícil incentivarlo cuando, posteriormente, al trabajador a tiempo parcial le es prácticamente imposible acceder a una pensión de incapacidad permanente o de jubilación. Problemática de Seguridad Social que era plenamente conocida y que, comportaba, asimismo, una discriminación indirecta por razón de sexo, por cuanto la gran mayoría de los trabajadores a tiempo parcial (hace años y también ahora) son mujeres.

Pues bien, ese claro “*desincentivo*” del trabajo a tiempo parcial desde la perspectiva de la Seguridad Social –con un evidente y muy discutible retraso– fue resuelto finalmente con el Real Decreto-ley 11/2013, de 2 agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social, que, posteriormente y tras la correspondiente tramitación parlamentaria, se ha convertido en la Ley 1/2014, de 28 de febrero. Norma que, a nuestro entender, supone un importante “*paso adelante*” en la necesidad de otorgar el mismo trato a los trabajadores a tiempo completo y a los trabajadores a tiempo parcial en materia de Seguridad Social con las únicas diferencias derivadas del hecho –obvio– de que el tiempo de prestación de servicios y su ordenación son distintos con las consiguientes consecuencias retributivas y de cotización al sistema de Seguridad Social.

Cabe realizar algunos breves apuntes en relación con el alcance de esta nueva regulación legal:

1º) Aun cuando en la disposición adicional 29^{a1} de la Ley 27/2011, de 1 de agosto², ya se preveía una tímida reforma de la disposición adicional 7^a de la Ley General de la Seguridad Social, la reforma contenida en el Real Decreto-ley 11/2013 vino provocada por la actuación de los Tribunales, tanto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea –sentencia de 22 de noviembre de 2012, asunto Elbal Moreno³– como, con posterioridad, del propio Tribunal Constitucional –entre otras, sentencias 61/2013, de 14 de marzo, 71 y 72/2013, de 8 de abril y 116 y 117/2013, de 20 de mayo.

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se fundamentó en la reclamación de una trabajadora española que solicitó al INSS una pensión de jubilación (había trabajado exclusivamente como limpiadora en una comunidad de propietarios a razón de 4 horas/semana), y le fue denegada. La trabajadora alegó que la disposición adicional 7^{a4} de la Ley General de la Seguridad Social entonces vigente exigía un mayor período de cotización al trabajador a tiempo parcial respecto al trabajador a tiempo completo, aun con el factor de corrección del 1.5, para acceder a una prestación que ya era proporcionalmente más reducida en cuanto a su importe; y alegaba también una discriminación indirecta por razón de sexo, al ser un hecho estadístico incontrovertible que las trabajadoras son las principales beneficiarias de este tipo de contrato (aproximadamente el 80 por 100).

Partiendo de ello, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea entendió que la normativa española perjudicaba a los trabajadores a tiempo parcial como la demandante que durante mucho tiempo habían efectuado un trabajo a tiempo parcial reducido, puesto que, a causa del método empleado para calcular el período de cotización, dicha normativa privaba en la práctica a estos trabajadores de toda posibilidad de obtener la pensión de jubilación; asumiendo, asimismo, que dicha normativa afectaba a una proporción mucho mayor de mujeres que de hombres. El Tribunal de Justicia concluyó,

¹ “El Gobierno presentará, en el plazo de un año y previa discusión con los interlocutores sociales en el marco del diálogo social, un proyecto de ley que mejore la consideración de los períodos cotizados de los trabajadores a tiempo parcial y en los contratos fijos discontinuos. En el citado proyecto se incluirán, entre otras, las siguientes reformas: c) Mejora de la protección social del trabajo a tiempo parcial, en particular mediante el incremento del coeficiente multiplicador establecido actualmente para causar derecho a las pensiones de jubilación e incapacidad permanente”.

² Sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social.

³ Asunto C-385/2011.

⁴ En dicha disposición adicional se establecía, antes del Real Decreto-ley 11/2013, que: “Para acreditar los períodos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal, maternidad y paternidad se computarán exclusivamente las cotizaciones efectuadas en función de las horas trabajadas, tanto ordinarias como complementarias, calculando su equivalencia en días teóricos de cotización (nº horas trabajadas/5, equivalente del cómputo de 1826 horas anuales)”.

en consecuencia, que el artículo 4º de la Directiva 79/7/CEE⁵ debía interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro que exige a los trabajadores a tiempo parcial, en su inmensa mayoría mujeres, en comparación con los trabajadores a tiempo completo, un período de cotización proporcionalmente mayor para acceder, en su caso, a una pensión de jubilación contributiva en cuantía proporcionalmente reducida a la parcialidad de su jornada de trabajo.

Y en la misma línea se manifestó meses después la sentencia del Tribunal Constitucional 61/2013, considerando que las reglas de la disposición adicional 7ª de la Ley General de la Seguridad Social en relación con el cómputo de los períodos de cotización para causar derecho a una pensión de jubilación no superaban los parámetros de justificación y proporcionalidad exigidos por el artículo 14 de la Constitución, dado que las medidas de corrección en su momento introducidas no conseguían evitar los resultados especialmente gravosos y desmesurados a que la norma podía conducir⁶. Como consecuencia de ello, el Tribunal Constitucional concluyó que las diferencias de trato en cuanto al cómputo de los períodos de carencia que seguían experimentando los trabajadores a tiempo parcial respecto a los trabajadores a tiempo completo se encontraban desprovistas de una justificación razonable que guardase la debida proporcionalidad entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida, por lo que se vulneraba el artículo 14 de la Constitución, tanto por lesionar el derecho a la igualdad, como también, a la vista de su predominante incidencia sobre el empleo femenino, por provocar una discriminación indirecta por razón de sexo.

2º) La nueva redacción dada a la disposición adicional 7ª de la Ley General de la Seguridad Social por el Real Decreto-ley 11/2013 –fruto del consenso con los agentes

⁵ Directiva 79/7/CEE, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social.

⁶ Respecto a la determinación de los días teóricos de cotización el Tribunal Constitucional entendió que su aplicación implicaba que los trabajadores a tiempo completo acreditaban como cotizados el total de días naturales del período trabajado, mientras que los trabajadores a tiempo parcial acreditaban un número de días inferior, determinado por el número de horas trabajadas, por lo que la norma seguía manteniendo una diferencia de trato en el cómputo de los períodos cotizados entre los trabajadores a tiempo parcial y los trabajadores a tiempo completo, que se veía agravada por cuanto se tomaba como referencia la jornada máxima legal y no la habitual de la actividad de que se tratase. Asimismo, en cuanto a la aplicación del coeficiente corrector del 1.5, si bien el Tribunal entendió que ello atenuaba los efectos derivados de la estricta proporcionalidad, favoreciendo que los trabajadores a tiempo parcial pudiesen alcanzar los períodos de cotización exigidos, afirmó, no obstante, que su virtualidad como elemento de corrección era limitada, y ni siquiera en el ámbito de la jubilación se conseguía evitar los efectos desproporcionados que su aplicación conllevaba en términos de desprotección social, ya que cuando el trabajo a tiempo parcial no era un episodio más o menos excepcional en la vida laboral del trabajador y cuando la jornada habitual no resultaba muy elevada, la aplicación del criterio de proporcionalidad seguiría, a pesar de la regla correctora, constituyendo un obstáculo desproporcionado para el acceso a la pensión de jubilación.

sociales⁷—, es claramente beneficiosa para los trabajadores a tiempo parcial y, especialmente, para aquéllos que desempeñan una jornada de trabajo de corta duración y/o que gran parte de su carrera laboral se desarrolle a tiempo parcial o que tienen una escasa carrera de cotización. A lo que cabe añadir que las ventajas de la normativa anterior —el coeficiente multiplicador del 1.5 aplicable en el ámbito de las pensiones de incapacidad permanente y jubilación— se mantienen (lo que favorece, además, a aquellos trabajadores a tiempo parcial con una jornada de trabajo más larga). Como decíamos antes, esta nueva normativa supone un paso adelante en la equiparación en el trato dispensado a los trabajadores a tiempo parcial y a los trabajadores a tiempo completo en materia de prestaciones de la Seguridad Social.

De hecho, esta nueva normativa garantiza, por ejemplo, que un trabajador a tiempo parcial, con independencia de su porcentaje de jornada de trabajo en relación con un trabajador a tiempo completo comparable, si desarrolla una carrera laboral y cotiza durante 15 años pueda acceder siempre a la pensión de jubilación, pudiendo cobrar además, de darse los requisitos, el complemento a mínimos en su cuantía total (sin aplicación, por tanto, de una regla de proporcionalidad en función de la jornada de trabajo, cuestión ésta que, a nuestro entender, puede resultar discutible).

Y, 3º) es cierto que el nuevo sistema de cómputo recogido en la disposición adicional 7ª resulta bastante complejo al incorporar dos coeficientes sucesivos: el coeficiente de parcialidad primero y el coeficiente global de parcialidad después. Pero a pesar de esa complejidad y el necesario cálculo individualizado trabajador a trabajador que implica, la realidad es que, como venimos afirmando, la nueva regulación es favorable a los trabajadores a tiempo parcial y supone, a nuestro entender, el pago de una deuda histórica contraída con los mismos. Es por ello por lo que sorprende todavía más el “*paso atrás*” que en este panorama favorable supone la reciente sentencia del Tribunal Constitucional 156/2014, de 25 de septiembre, que vuelve a abrir una brecha entre los trabajadores a tiempo parcial y los trabajadores a tiempo completo en la forma de calcular las pensiones de la Seguridad Social.

2. Un paso atrás en la equiparación entre los trabajadores a tiempo parcial y los trabajadores a tiempo completo en materia de Seguridad Social: la reciente STC 156/2014

Esta sentencia resuelve la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en relación, nuevamente, con un apartado de la disposición adicional 7ª de la Ley General de la Seguridad Social (en concreto, el apartado b) de la

⁷ Acuerdo para la mejora de las pensiones de los trabajadores a tiempo parcial y fijos discontinuos (firmado por los sindicatos CC.OO y UGT, el Ministerio de Empleo y de Seguridad Social y la patronal).

regla 3ª del número 1), por posible vulneración de los artículos 9.3 y 14 de la Constitución. En este concreto apartado se señala que a los efectos del cálculo de las pensiones de jubilación e incapacidad permanente derivada de enfermedad común, la integración de los períodos durante los que no haya habido obligación de cotizar (las lagunas de cotización⁸) se llevará a cabo con la base mínima de cotización entre las aplicables en cada momento, correspondiente al número horas contratadas en último término.

El Tribunal Supremo considera que esa regla de integración de las lagunas de cotización podría resultar contraria al principio de igualdad ante la ley del artículo 14 de la Constitución porque en un supuesto igual –dos trabajadores con los mismos días de cotización acreditados a lo largo de su vida profesional–, introduce una diferencia peyorativa para el trabajador que antes de cesar en el empleo que inicia la laguna tenía suscrito un contrato a tiempo parcial; tratamiento peyorativo que no se aplicaría a otro trabajador que en el momento anterior al cese estuviera contratado a tiempo completo, aunque este último trabajador tuviera acreditado el mismo número de cotizaciones a tiempo completo y a tiempo parcial que el primero. Asimismo, el Tribunal Supremo defiende que este apartado de la disposición adicional 7ª también podría considerarse arbitrario (vulnerando el artículo 9.3 de la Constitución) al no responder al principio contributivo y actuar de forma aleatoria sin tener en cuenta el conjunto de la carrera de cotización de los trabajadores. Y, finalmente, el Tribunal Supremo también entiende que la norma cuestionada, aunque en apariencia neutra desde la perspectiva del sexo, podría en su aplicación práctica situar a las mujeres en una posición de desventaja a la hora de calcular el importe de sus pensiones.

Pues bien, el Tribunal Constitucional avala la plena constitucionalidad de la norma cuestionada por el propio Tribunal Supremo, fundamentándose en varios argumentos:

1º) La norma no hace sino trasladar a los trabajadores a tiempo parcial la misma regla que rige con carácter general para los trabajadores a tiempo completo: las lagunas de cotización se integrarán con la base mínima de cotización. No hay, por tanto, una diferencia de trato entre los trabajadores a tiempo completo y los trabajadores a tiempo parcial pues la regla aplicable es la misma, lo que ocurre, y de ahí deriva la diferencia, es que la base mínima de cotización es diferente en cada caso y el legislador ha decidido

⁸ Respecto a la función que cumple esta figura, la propia STC 156/2014 señala que: “...con la finalidad de evitar que la existencia de meses sin cotización durante el período que haya de tomarse en consideración para el cálculo de la base reguladora de la pensión redunde en una disminución drástica de la base reguladora de la pensión y, en consecuencia, de la cuantía final de la misma, la Ley general de la Seguridad Social ha previsto la regla de integración de lagunas. Mediante esta regla, sólo aplicable a las prestaciones de jubilación e incapacidad permanente, se establece la ficción legal de que en los meses sin cotización se ha cotizado...”.

cubrir la laguna con la base mínima de cotización correspondiente al contrato anterior al inicio de la misma.

El tratamiento desigual no tiene su origen, por tanto, en la disposición adicional 7ª, sino en las normas que, con carácter general, regulan la determinación de la base de cotización a la Seguridad Social en uno y otro caso, y que inciden del mismo modo en la determinación de las bases mínimas. Y, además, esas reglas se rigen por el principio de proporcionalidad, que es el que rige con carácter general la equiparación de derechos entre unos y otros trabajadores.

De este modo, la proporcionalidad entre salario, base de cotización y base reguladora de las prestaciones, que no es contraria al principio de igualdad, se traslada en la fijación de las bases mínimas de cotización a la regla recogida en las órdenes anuales de cotización, en virtud de la cual la base mínima de cotización de los trabajadores a tiempo parcial se calcula multiplicando por una base horaria el número de horas de trabajo efectivamente prestado en el contrato. Y, en fin, en opinión del Tribunal Constitucional, reflejo de esa forma de fijación de la base mínima de cotización de los trabajadores a tiempo parcial es lo dispuesto en el apartado discutido de la mencionada disposición adicional 7ª de la Ley General de la Seguridad Social.

A nuestro entender, resulta admisible, sin duda, la aplicación del principio de proporcionalidad en el caso del trabajo a tiempo parcial, pero este principio abarca la retribución, la base de cotización y la base mínima, ya que si la jornada de trabajo es inferior es lógico que la retribución sea inferior a la del trabajador a tiempo completo comparable y que también lo sean las dos bases citadas. Pero ello no lleva necesaria y automáticamente, tal y como hace el Tribunal Constitucional, a que esa regla de proporcionalidad se aplique también cuando se trata de integrar lagunas de cotización en períodos precisamente en que no se está en activo, máxime cuando, como es el caso de esta sentencia, el trabajador lo había sido a tiempo completo durante toda su vida laboral con un pequeño espacio a tiempo parcial con la desgracia de que este espacio fue previo al período de integración de lagunas de cotización. Con otras palabras, una cosa es el período en activo –que afecta al salario y las cotizaciones y se rige por el principio de proporcionalidad–, y otra cosa distinta es un período de inactividad posterior, sin que, necesariamente las reglas que rigen para el primero tengan que trasladarse al segundo.

2º) En el supuesto de la integración de lagunas se crea una ficción legal en el acceso a una prestación contributiva de manera que la laguna debe cubrirse según la presunta cotización que el beneficiario habría realizado de no interrumpirse la obligación de cotizar, lo que supone una suerte de prórroga ficticia de la misma, si bien sobre bases

estandarizadas como son las bases mínimas. Estamos ante una ficción legal que afecta a la base reguladora de la prestación y esto justifica el hecho de que el legislador haya optado por “aplicar un criterio contributivo” para cubrir la laguna. Es cierto que el legislador podría haber optado por cubrir la laguna con una cantidad igual para todos los trabajadores reconociendo así el carácter asistencial o no contributivo de la ficción legal creada dado que el trabajador no está prestando servicios y, por tanto, no está cotizando al sistema de Seguridad Social. Pero el legislador ha decidido tener en cuenta las contribuciones efectivamente aportadas en el momento anterior a la laguna, utilizando así una “fórmula que responde a criterios de contributividad”.

Y también se señala que no corresponde al Tribunal Constitucional determinar si resulta más justo un sistema que tuviera en cuenta la carrera de seguro desarrollada a lo largo de toda la vida profesional y que ponderara proporcionalmente los períodos trabajados a tiempo completo y a tiempo parcial, pero, en todo caso, no se puede olvidar que *“el derecho que los ciudadanos puedan ostentar en materia de Seguridad Social es un derecho de estricta configuración legal, disponiendo el legislador de libertad para modular la acción protectora del sistema en atención a circunstancias económicas y sociales que son imperativas para la propia viabilidad y eficacia de aquél”* (STC 65/1987, de 21 de mayo, entre otras).

A nuestro entender, en este ámbito cabe hacer algunas reflexiones críticas:

a) Como no podía ser de otra manera las lagunas de cotización son una ficción legal que comportan considerar como cotizado, a los efectos del cálculo de la base reguladora de una pensión, un período que no lo fue y considerarlo, además, cotizado con una determinada base de cotización. El Tribunal Constitucional señala que el legislador ha optado por aplicar aquí un “criterio contributivo” para cubrir la laguna y ese criterio contributivo se basa exclusivamente en tener en cuenta qué jornada de trabajo se desarrollaba en el contrato previo al inicio de la laguna sin valorar ningún otro elemento. Y utiliza precisamente esa referencia al principio de contributividad cuando en el párrafo anterior de la sentencia el propio Tribunal Constitucional declara expresamente que aquél ha perdido relevancia, afirmando que *“si bien, en el sistema español actual, se mantienen las características del modelo contributivo, no es menos cierto que, a tenor del mandato constitucional contenido en el art. 41 CE, el carácter de régimen público de la Seguridad Social, su configuración como función del Estado, y la referencia a la cobertura de situaciones de necesidad –que habrán de ser precisadas en cada caso– implica que las prestaciones de la Seguridad Social, no se presenten ya –y aun teniendo en cuenta la pervivencia de notas contributivas– como prestaciones correspondientes y proporcionales en todo caso a las contribuciones y cotizaciones de los afiliados, y resultantes de un acuerdo contractual...”*. Como mínimo la

argumentación del Tribunal Constitucional resulta un tanto confusa y, aun admitiendo que fuera necesaria la aplicación de un principio de contributividad en esta cuestión – ante la necesidad de que exista una proporcionalidad entre la prestación reconocida y la contribución económica realizada, tal y como señala el propio Tribunal⁹–, dicho principio no estaría tampoco bien aplicado cuando, como es el caso, dos trabajadores con una misma carrera de cotización y de contribución al sistema de Seguridad Social acaban cobrando pensiones diferentes por el simple hecho de que antes de una laguna de cotización uno tenía un contrato a tiempo completo y el otro un contrato a tiempo parcial.

Y, b) el Tribunal Constitucional señala que es cierto que el legislador podría haber optado por cubrir la laguna con una cantidad igual para todos los trabajadores reconociendo así el carácter asistencial o no contributivo de la ficción legal creada dado que el trabajador no está prestando servicios y, por tanto, no está cotizando al sistema, pero que no lo ha hecho y que establecer otra solución no le corresponde. Aquí cabe señalar varias cosas:

- Es importante destacar que durante la situación cubierta por una laguna de cotización esa persona no está trabajando y que precisamente la propia finalidad de esta figura es evitar desprotegerla cuando acceda a una pensión de incapacidad permanente o de jubilación. Por tanto, la finalidad de esta figura es asistencial, de protección, para evitar que períodos de tiempo en los que no se tenía obligación de cotizar –no es que no se quisiese– acaben perjudicando una prestación futura de carácter, además, vitalicio. Y si esa es la finalidad, qué sentido tiene tratar diferente –peor– a quien trabajaba a tiempo parcial antes del inicio de la laguna de cotización. Es más, cabe tener presente que en el caso del trabajador a tiempo completo no se tiene en cuenta lo cotizado realmente por esa persona antes del inicio de la laguna sino que se cubre siempre la laguna con la base mínima completa, por lo que es posible incluso que esa persona a tiempo completo estuviera aportando (contribuyendo) menos al sistema de Seguridad Social que un trabajador a tiempo parcial con una base de cotización elevada, lo que resultaría contradictorio desde la perspectiva del propio principio de contributividad. A nuestro entender, no estamos en un marco contributivo sino ante una medida de naturaleza asistencial y que, en consecuencia, debe aplicarse de la misma manera a todos los trabajadores, sean a tiempo completo o parcial, utilizando como elemento de ponderación exclusivamente el conjunto de la carrera de

⁹ El Tribunal Constitucional señala en esta sentencia efectivamente que “*el principio de contributividad que informa nuestro sistema de Seguridad Social implica que debe existir una proporcionalidad entre la prestación reconocida y la contribución económica realizada por los trabajadores lo que justifica, como hemos señalado entre otras en la STC 253/2004, de 22 de diciembre, FJ 8, que el legislador establezca que la base reguladora de las prestaciones se calcule en función de lo efectivamente cotizado...*”.

cotización de cada trabajador, valorando de ese modo el peso que en dicha carrera ha tenido el trabajo a tiempo completo y a tiempo parcial, tal y como proponía el propio Tribunal Supremo.

- La integración de lagunas de cotización es una ficción legal que se cubre con bases mínimas porque así se ha establecido legalmente pero ello no implica que necesariamente deba vincularse dicha figura con el último contrato de trabajo del trabajador previo a dicha situación. Tal y como reconoce el propio Tribunal Constitucional es una opción del legislador, pero no es la única posible. De hecho utilizar como referencia el último contrato es poco razonable si introduce, como estamos viendo, desigualdades de trato fundamentadas simplemente en la modalidad contractual tiempo completo/tiempo parcial¹⁰.
- Tal y como también reconoce el Tribunal Constitucional, el beneficiario de la laguna de cotización no está trabajando precisamente en ese momento y, en consecuencia, tiene todavía menor sentido el que la jornada del último contrato de trabajo –un contrato a tiempo parcial que puede ser el único de toda su vida laboral– condicione el importe –rebajándolo– de una pensión vitalicia de incapacidad permanente o jubilación.
- Es muy habitual, desde hace años, que el Tribunal Constitucional se escude en que los derechos en materia de Seguridad Social son de “estricta configuración legal”, disponiendo el legislador de libertad para modular la acción protectora en atención a circunstancias económicas y sociales. Baste decir aquí que aunque el sistema de Seguridad Social sea de conformación legal sus reglas no pueden vulnerar o banalizar derechos fundamentales como es el derecho a la igualdad de trato recogido

¹⁰ A estos efectos, en el voto particular formulado por el Magistrado Xiol Ríos se manifiesta que: “...lo único relevante es el momento –inmediatamente anterior o no a la situación de laguna de cotización– en que se ha desarrollado el trabajo a tiempo parcial. Este elemento de temporalidad para establecer la regulación cuestionada entiendo que carece de una justificación objetiva y razonable. Su justificación es la de integrar la laguna mediante la ficción de que la persona hubiera seguido trabajando en el régimen –a tiempo completo o tiempo parcial– que desarrollaba cuando se produce el cese de la actividad. A mi juicio, el Auto de planteamiento de la cuestión demuestra que esta regla produce resultados arbitrarios e inesperados en el funcionamiento real del sistema de suficiente relevancia para poder estimarlos como generadores de una grave distorsión en relación con los principios en que se funda este, particularmente los principios de contributividad y de proporcionalidad, y sin relevancia alguna para poder ser explicados como producto de una distinción entre clases de trabajo, ni entre situaciones o categorías determinadas por el propio legislador, ni como producto de una selección de categorías determinadas por el propio legislador, ni como producto de una selección de recursos para el mantenimiento del equilibrio del sistema, ni como resultado de una opción legislativa difícil o imposible de ser sustituida o corregida sin afectar a aquel en grandes o pequeñas proporciones...”.

en el artículo 14 de la Constitución y aquí sí que el Tribunal Constitucional puede –y debe– pronunciarse.

- Por otro lado, el argumento “económico” actúa –también en esta sentencia– como un condicionante absoluto a la hora de tomar decisiones que, para el Tribunal Constitucional, puedan comportar un mayor gasto, como es el caso. Pero, a nuestro entender, este argumento económico no debería pesar tanto en las decisiones judiciales, relativizando o banalizando incluso la aplicación de principios constitucionales tan relevantes como es el de la igualdad de trato. En esta línea compartimos totalmente lo señalado en el voto particular formulado por el Magistrado Xiol Ríos donde se afirma que *“el control que debe desarrollar el Tribunal Constitucional sobre la normativa de la Seguridad Social debe tomar rigurosamente en consideración el análisis económico del Derecho, teniendo en cuenta la incidencia que tiene cualquier medida en materia de Seguridad Social, cuyo diseño corresponde al legislador, en el equilibrio económico financiero del conjunto del sistema, la aplicación de los principios en que se funda éste, particularmente los del carácter contributivo del sistema y de proporcionalidad, y la limitación de los recursos públicos que se invierten en el cumplimiento de los fines de asistencia y prestación ante situaciones de necesidad; pero esta arquitectura constitucional implica también que el control jurisdiccional debe ser igualmente riguroso en el respeto a los derechos fundamentales, especialmente el principio de igualdad en conexión con la interdicción de la arbitrariedad que se impone a los poderes públicos”*¹¹. En definitiva, la consecuencia económica no puede trivializar el control de constitucionalidad respecto a la posible vulneración del principio de igualdad de trato en materia de prestaciones de la Seguridad Social.
- Y, en fin, es lógico, como señalábamos anteriormente, aplicar el principio de proporcionalidad en el caso de los trabajadores a tiempo parcial en el marco de la retribución, la base de cotización y la base mínima pero sólo mientras se está en activo. Trasladar también ese principio a la integración de las lagunas de cotización no es objetivamente necesario –el beneficiario no trabajaba en ese momento– y, en consecuencia, tal regla sólo sirve para desproteger al colectivo de trabajadores a tiempo parcial, careciendo de razonabilidad y proporcionalidad.

¹¹ Añadiéndose a ello que: *“por estas mismas razones el hecho de que la institución controvertida en esta cuestión de inconstitucionalidad se refiera a la integración de lagunas de cotización y, por tanto, a una institución que en sí misma tiene como finalidad favorecer el acceso al sistema de prestaciones de jubilación y de incapacidad permanente, no puede justificar que el control de constitucionalidad que se desarrolle sobre las reglas de integración se desvanezca bajo el pretexto de que debe ser más liviano o menos riguroso...”*.

Y, 3º) desde la perspectiva del artículo 9.3 de la Constitución, el Tribunal Constitucional considera que la disposición adicional 7ª no establece discriminación de ningún tipo; la norma persigue una finalidad razonable y no se muestra desprovista de fundamento, aunque pueda legítimamente discreparse de la concreta solución adoptada, pues *“entrar en un enjuiciamiento de cuál sería su medida justa, supone discutir la opción tomada por el legislador, que, aun cuando pueda ser discutible, no resulta arbitraria ni irracional”*. Y también en opinión del Tribunal, esta regla de integración de lagunas no es irrazonable o está falta de justificación, en un sistema en el que la distribución de medios escasos requiere ponderar cuidadosamente las situaciones de necesidad que han de ser protegidas. La regla cuestionada no carece de justificación pues de lo que se trata de crear es una ficción legal que consiste en entender que el trabajador habría continuado prestando servicios a tiempo parcial si no se hubiera producido la circunstancia que motivó el cese de su obligación de cotizar y la correspondiente laguna.

Se descarta, pues, la opción planteada por el Tribunal Supremo, consistente en integrar las lagunas de forma proporcional a las actividades a tiempo completo y a tiempo parcial desarrolladas durante la vida laboral del trabajador.

Para el Tribunal Constitucional, de forma sorprendente, responde más al principio contributivo otorgar menos prestación por jubilación a un trabajador que, siendo a tiempo completo toda su vida lo es a tiempo parcial –por un tiempo breve– justo antes de una laguna de cotización, en relación con un trabajador que teniendo el mismo tiempo cotizado en total el contrato previo a la laguna de cotización era a tiempo completo (pero insistimos, ambos trabajadores cuentan con el mismo tiempo cotizado a la Seguridad Social). Si debemos ser “contributivos” no hay duda que la opción del Tribunal Supremo es más respetuosa con dicho principio al ponderar la totalidad de la vida laboral del trabajador, a diferencia de la solución planteada en esta sentencia del Tribunal Constitucional que perjudica la posición de los trabajadores a tiempo parcial en relación con un período en el que, precisamente, no estaban trabajando, y simplemente por ser trabajadores a tiempo parcial.

Por otra parte, sorprende especialmente que el Tribunal Constitucional no entre siquiera a valorar una cuestión planteada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo y de gran relevancia como es si la norma cuestionada puede comportar una discriminación indirecta por razón de sexo por cuanto su aplicación práctica llevará a que, dado que el número de mujeres es superior al de hombres en esta modalidad de trabajo, más mujeres que hombres se vean y se verán afectadas por esta peculiar forma de integrar las lagunas de cotización. Esta opción la fundamenta el Tribunal en el hecho de que el demandante es un hombre y, en consecuencia, aquella alegación resulta irrelevante.

En esta importante cuestión compartimos totalmente la argumentación recogida en el voto particular formulado por el Magistrado Xiol Ríos, según la cual esta solución rompe la posición mantenida con anterioridad por el Tribunal Constitucional (entre otras, en la antes citada, sentencia 61/2013) que había declarado la inconstitucionalidad y nulidad de normas aplicadas a los trabajadores a tiempo parcial y esto determinó que no pudieran ser aplicadas ni a las mujeres ni a los hombres que trabajaban a tiempo parcial. En consecuencia, se ha variado el criterio anterior según el cual una norma declarada inconstitucional por discriminación indirecta es nula con carácter general y no sólo en su aplicación respecto al grupo indirectamente discriminado. Y en coherencia con ello, el sexo del demandante carece de cualquier relevancia en el planteamiento de las cuestiones de inconstitucionalidad sobre preceptos que pueden suponer una discriminación sexual indirecta. Tal y como se señala certeramente en este voto particular *“no se aviene con la doctrina del Tribunal Constitucional mantener que todos pueden verse favorecidos por la anulación de una norma indirectamente discriminatoria (cosa que a mi juicio resulta elemental mediante consideraciones de igualdad y de sistemática normativa), pero, al propio tiempo, que sólo tienen legitimación para instar su anulación los miembros de grupo indirectamente discriminado, pues para ello resultaría necesario una nueva e improbable teoría sobre el interés legítimo como concepto constitucional ajeno al que resulta de sufrir los efectos desfavorables inherentes a la aplicación de la norma cuya constitucionalidad se cuestiona”*.

Como se afirma en este voto particular con total claridad *“el argumento de la falta de relevancia de la alegación de discriminación indirecta que se formula por el tribunal a quo ha permitido a la Sala, con aparente facilidad, no entrar en el fondo de esta delicada cuestión”*, decantándose el Magistrado Xiol Ríos por una posible discriminación indirecta en la aplicación de la norma cuestionada, conforme a lo manifestado en las sentencias del Tribunal Constitucional 253/2004 y 61/2013, y la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

A nuestro entender, teniendo en cuenta la doctrina de tales sentencias no puede haber duda que nos encontramos ante una situación de discriminación indirecta por razón de sexo, aun cuando, conforme a la discutible doctrina recogida en esta sentencia, habrá que esperar a la demanda de una mujer para que el Tribunal Constitucional se vea obligado a pronunciarse sobre esta cuestión en concreto. Es por ello por lo que, junto con lo ya señalado páginas atrás, esta sentencia supone un “paso atrás” en la protección social igualitaria de trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial.

3. Conclusiones finales

Sin reiterar lo señalado en los apartados anteriores sí nos gustaría hacer hincapié en dos cuestiones presentes en esta sentencia:

1ª) Lo discutible que supone incorporar una nueva tesis según la cual una norma que puede comportar una discriminación indirecta no puede examinarse por el Tribunal Constitucional desde ese prisma si no reclama una persona del colectivo presuntamente discriminado: una mujer. Esta nueva tesis rompe la lógica defendida con anterioridad por el Tribunal Constitucional y abre un camino incierto y peligroso.

Y, 2ª) al margen de lo anterior, el considerar como justificado y razonable un sistema de integración de lagunas de cotización que se basa exclusivamente en si el último contrato era a tiempo parcial o a tiempo completo para dar un trato más peyorativo en el primer caso, supone un claro paso atrás en el esfuerzo de los propios Tribunales –Tribunal de Justicia de la Unión Europea y Tribunal Constitucional– y del legislador –Real Decreto-ley 11/2013– por equiparar las condiciones de Seguridad Social entre los trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial. Un “paso atrás” que, nuevamente y de forma muy discutible, pone en peor condición a los trabajadores a tiempo parcial por el simple hecho de serlo, incurriéndose, por otra parte, en una nueva discriminación indirecta por razón de sexo.

Fecha recepción: 28.11.2014
Fecha aceptación: 10.12.2014